Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

I.

Ist das zwar lebendig geborene, aber nicht lebensfähige Kind rechtsfähig?

Von Herrn Geheimemrathe **K. G. von Wächter**
in Leipzig.

Von Herrn Geheimemrathe v. Wächter sind neuerdings fünf an einander sich anschließende lateinische Programme (De partu vivo non vitali. Pars I—V. Leipzig bei A. Edelmann. 1863—1866) erschienen, worin die in der Ueberschrift genannte viel verhandelte Frage mit gewohnter Sorgfalt und bekanntem Scharfsinn erörtert und dadurch in ein ganz neues Stadium, wo nicht zum vollen Abschlusse gebracht wird. Da indeß jene Abhandlungen wegen ihrer nächsten Bestimmung als akademischer Gelegenheitsschriften und schon wegen der Sprache, in welcher sie verfaßt sind, kaum die Verbreitung und Beachtung finden dürften, die ihnen ihrem Gehalte nach gebürt, so habe ich den Herrn Verfasser, dessen Güte ich ihren Besitz verdanke, um die Erlaubniß gebeten, darüber im Archiv ein über eine bloße dürftige Inhaltsanzeige hinausgehendes und alles wesentliche wiedergebendes Referat bringen zu dürfen, und derselbe hat die Freundlichkeit gehabt, mir nicht nur diese Bitte in bereitwilligster Weise zu gewähren, sondern überdies mein Referat vor dem Drucke seiner eigenen Durchsicht zu unterziehen, so daß für die Zuverlässigkeit volle Bürgschaft übernommen werden kann. Auch hinsichtlich der Anordnung habe ich nichts geändert, und die gesetzten Paragraphen entsprechen genau denjenigen der Originalabhandlung, sowie auch sämmtliche darin vorkommende Literaturnotizen aufgenommen sind.

Fitting.

§. 1. Der Verfasser beginnt mit der Bemerkung, daß es auffallend erscheinen könne, wenn er eine Frage von neuem behandle, die man gegenwärtig, namentlich in Folge der bekannten Abhandlung Savigny's, wenigstens auf dem Boden des Civilrechtes, für völlig erledigt zu halten gewohnt sei. Und in der That gebe es unter denen, die seit 40 Jahren über das Civilrecht geschrieben, nur sehr wenige, welche das zwar lebendig, aber nicht lebensfähig geborene Kind nicht als rechtsfähig anerkennen wollten; von fast allen, und darunter den gewichtigsten Schriftstellern werde die Rechtsfähigkeit eines solchen Kindes behauptet, was von selbst zu den wichtigen weiteren Sätzen führe, daß dasselbe die Erbschaft seines verstorbenen Vaters als suus heres erwerbe, ein Testament, worin es übergangen sei, rumpire, zu der Erbschaft anderer Personen berufen werde und das Recht, sie anzutreten, auf seine Erben übertragen könne, daß es ferner auch Vermächtnisse erwerbe u. dgl.[1]) Freilich werde sich später (in §. 11; s. S. 25) noch zeigen, daß viele dieser Schriftsteller sich keineswegs treu blieben.

Auch von einer mittleren Meinung sei bei Vangerow a. a. O. (s. Anm. 1) die Rede, welche nach ihm von Schilling

1) Dies sei die Meinung von J. A. Seuffert „Ueber das Erforderniß der Lebensfähigkeit" in seinen Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatr. I. (1820) S. 50—52 und Prakt. Pandektenr. I. §. 38, Dähne „Ueb. d. Lebensfähigkeit in juriſt. Beziehung" in Elvers' Themis II. (1829) S. 356—371, Thibaut System d. Pand. R. 8. Ausg. (1834) §. 121 (von der in den früheren Ausgaben §. 210 vertheidigten gegentheiligen Ansicht sei er durch Seuffert abgebracht worden), Wening-Ingenheim Lehrb. 4. Ausg. (1831) §. 58 (im Anschluß an Seuffert und Dähne; in der 1.—3. Ausg. Buch I. §. 76 habe auch er das Gegentheil gelehrt), Fritz Erläut. zu Wening. I. (1834) S. 133, Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. R. §. 177, Vangerow Lehrb. §. 32, Kierulff Theorie d. gem. Civilr. S. 87, Savigny System II. (1840) §. 61 a. E. und Beilage III. S. 385—413, Dollmann in Bl. f. Rechtsanwendung zunächst in Bayern VII. (1842) S. 218, 219, Schwartze im Rechtslexikon VII. (1847) S. 888—892, Sintenis Das pract. gem. Civilr. I. §. 13 Note 8, Holzschuher Theorie u. Casuistik 2. Ausg. I. S. 249, 250, Böcking Pand. I. (2. Ausg.) §. 32, J. Unger System des österr. Privatr. I. (1856) §. 26 Note 10, Brinz Lehrb. der Pand. I. §. 15, Keller Pand. I. §. 19, Windscheid Lehrb. d. Pand. R. I. §. 52 Note 8 (? s. unten S. 25.).

Lehrb. I. §. 25 und Puchta in Richter's Jahrb. 1840 S. 680 f. vertheidigt werde. Allein diese Meinung Schilling's und Puchta's sei nichts anderes, als die einfache Verneinung der Frage, jedoch mit Beseitigung falscher Gründe, welche dafür von älteren Schriftstellern geltend gemacht worden.

Im Strafrecht neigten ebenfalls die meisten neueren Juristen zur Bejahung der Frage und behaupteten daher, daß auch durch Tödtung eines nicht lebensfähigen Kindes das Verbrechen des Kindesmordes vollendet werden könne; ja Geib (Archiv des Criminalr. N. F. 1845 S. 181) zeihe sogar diejenigen, welche diese Behauptung bestritten, geradezu der Ungereimtheit.

Nur unter den Germanisten, und selbst noch unter den neueren, sei der größere Theil noch immer der — früher auch unter den Civilisten überwiegenden — Meinung, daß dem nicht lebensfähigen Kinde die Persönlichkeit abzusprechen sei.[2]) Und diese Meinung sei auch gewiß die richtige, wenn nur anders der Begriff der Lebensfähigkeit in seinem richtigen und eigentlichen Sinn aufgefaßt werde.

§. 2. Denn von Lebensfähigkeit und Lebensunfähigkeit lasse sich in einem doppelten Sinne reden und danach die eigentliche und uneigentliche Lebensfähigkeit unterscheiden.

In einem weiteren Sinne zunächst könne lebensunfähig genannt werden jedes lebende Kind, dem jedoch die zur Fortsetzung des Lebens nothwendigen Bedingungen fehlten. Die Gründe einer Lebensunfähigkeit in dieser weiteren Bedeutung könnten aber sehr verschieden sein. Einer davon und zwar der wichtigste bestehe darin, daß das Kind im Mutterleibe noch nicht diejenige Reife erlangt habe, um außerhalb des Mutterleibes und selbständig sein Leben fortsetzen zu können. Ein derartig

2) Z. B. Eichhorn Deutsch. Privatr. §. 334, Phillips Deutsch. Privatr. I. §. 29, Falck Holstein. Privatr. IV. S. 87, Beseler Deutsch. Privatr. I. §. 57 a. E., Walter Deutsch. Privatr. §. 53. Freilich scheine auch unter den Germanisten keine Einmüthigkeit zu herrschen; manche gingen auf die Frage gar nicht ein, andere, wie z. B. Renaud Deutsch. Privatr. §. 54, Gengler Deutsch. Privatr. §. 12 Note 2, sprächen sich zweideutig und wenig bestimmt aus.

unreifes Kind sei nun allein lebensunfähig im eigentlichen Sinne zu nennen, während umgekehrt ein bis zu jener Reife ausgetragenes Kind lebensfähig im eigentlichen Sinne sei. Von dem lebensunfähigen Kind in diesem Verstande müsse übrigens wohl unterschieden werden die bloße Frühgeburt, d. h. ein zwar vor der regelmäßigen Zeit geborenes und daher noch nicht vollkommen reifes, aber doch schon insoweit reifes Kind, daß es sein Leben außerhalb des Mutterleibes selbständig fortzusetzen vermöge.

Eine andere Ursache der Lebensunfähigkeit in jenem weiteren Sinne liege in fehlerhafter Bildung des Kindes, so daß blos der Mangel oder die Mißbildung zum Leben nothwendiger Organe die Fortdauer des Lebens verhindere, obwohl das Kind vollkommen reif und ausgetragen sei. Darin bestehe nun die Lebensunfähigkeit im uneigentlichen Sinne, welche mit der eigentlichen sehr häufig vermengt und zusammengeworfen werde. Nicht selten glaube man, was von der letzteren, das müsse auch von der ersten gelten, und umgekehrt, und manche, wie z. B. Savigny a. a. O. (Anm. 1) S. 396, erhöben sogar gegen diejenigen den Vorwurf großer Inconsequenz, welche zwischen beidem einen Unterschied machen wollten. Beide Arten von Lebensunfähigkeit (im weiteren Sinn) seien aber in der That von ganz verschiedener Natur und demgemäß auch vom Rechte in sehr verschiedener Weise behandelt worden. Beides müsse daher vollständig getrennt, und auch die Untersuchung und Erörterung dürfe zunächst nur auf die eigentliche Lebensunfähigkeit gerichtet werden. Zum Schlusse (in §. 11; s. S. 23 fg.) solle übrigens auch das, was von der uneigentlichen Lebensunfähigkeit gelte, eine kurze Berührung finden.

§. 3. Das Kind im Mutterleibe habe noch kein eigenes Dasein und sei noch kein selbständiger Mensch, sondern zunächst ein bloßer Theil des mütterlichen Körpers, und also keine Person.[3]) Um Person zu werden, müsse es lebendig geboren werden; aber das genüge noch nicht, sondern es müsse noch hin-

3) L. 9 §. 1 D. ad L. Falc. 35, 2, L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre 25, 4.

zukommen, daß das Leben des Kindes selbständig für sich bestehen könne und nicht mehr durch die Verbindung mit der Mutter bedingt sei, d. h. daß das Kind im Mutterleibe die zur selbständigen Fortsetzung des Lebens erforderliche Reife erlangt habe, also lebensfähig im eigentlichen Sinne sei. Eine noch nicht reife Leibesfrucht, welche vorerst nur in der Verbindung mit der Mutter ihr Leben fortzusetzen vermöge, könne durch Heraustritt aus dem Mutterleibe, wodurch sie mit Nothwendigkeit dem Tode zugeführt werde, keine Rechtsfähigkeit erlangen. Eine solche Fehlgeburt (abortus) sei vielmehr dem todtgeborenen Kinde gleichzustellen und, wie dieses, als nie vorhanden gewesen zu betrachten.

Diese Meinung sei denn auch bis zum Ablaufe des ersten Viertels unseres Jahrhunderts von fast allen Juristen vertheidigt und vom Gerichtsgebrauche befolgt worden. Nur hätten allerdings die Anhänger dieser gemeinen Meinung zu deren Begründung sehr wenig stichhaltige und viel falsches einmengende Gründe beigebracht, die Savigny a. a. O. S. 394, 411 nicht mit Unrecht als „ungemein schwach" bezeichne. Zum Behufe gründlicher Erledigung der Frage müßten aber vor allen Dingen diese Gründe genauer betrachtet werden, wobei sich zugleich Gelegenheit ergeben werde, in der wichtigen Lehre von der Vermuthung der Vaterschaft eine von vielen und namentlich auch von Savigny getheilte Ansicht zu widerlegen.

§. 4. Die älteren, welche dem nicht lebensfähigen Kinde jede Rechtsfähigkeit absprächen, pflegten sich dafür hauptsächlich auf L. 3 C. de post. hered. 6, 29 zu berufen. Allein diese Stelle entscheide die Frage nicht und wolle sie nicht entscheiden, denn, wenn Justinian darin erfordere, daß ein postumus, um das väterliche Testament zu rumpiren, „perfecte natus" sei, so spreche er nicht von dem reifen Kinde (partus perfectus, was durchaus nicht dasselbe bedeute, wie „partus perfecte natus"), sondern, wie er selbst beifüge, von dem partus, qui „ad orbem totus processit", also von dem bereits vollständig geborenen Kinde. Uebrigens werde doch durch diese Constitution auch keineswegs, wie die Gegner, und namentlich Savigny a. a. O. S. 393, 394, meinten, verneint,

daß das Kind, um Persönlichkeit zu erlangen, der Lebensfähigkeit bedürfe, was unten noch gezeigt werden solle.

Eben so wenig trage L. 12 §. 1 D. de liberis et post. 28, 2 („Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit.“) etwas zur Entscheidung der Frage bei; denn sie rede nicht von einem nicht lebensfähigen Kinde (wie Vangerow a. a. O. 7. Aufl. S. 67 den Ausdruck „non integrum animal“ auslege), sondern nur davon, daß bloße Unregelmäßigkeiten in der körperlichen Bildung des Kindes, z. B. der Mangel einer Hand, eines Fußes, eines Fingers u. dgl., dessen Rechtsfähigkeit nicht im Wege stünden. Schon Cujacius (Comment. ad var. Digest. titt. ad l. cit.) habe dies gezeigt, und deshalb habe auch Savigny a. a. O. S. 9 sich auf diese Stelle nicht bezogen.

§. 5. Der vornehmlichste Beweisgrund zu Gunsten der richtigen Ansicht werde aber von den älteren in den bekannten auf die Vermuthung der Vaterschaft bezüglichen Stellen erblickt.

Wenn ein Kind von einer Ehefrau geboren werde, so sei es von großer Wichtigkeit, den Stand des Kindes jedem Zweifel zu entheben. Daher die Regel: Pater is est, quem nuptiae demonstrant in L. 5 D. de in ius voc. 2, 4, d. h. der Ehemann gelte als Vater der von seiner Frau geborenen Kinder. Diese Vermuthung der Vaterschaft trete jedoch nicht unter allen Umständen ein; wenn das Gegentheil bewiesen werden könne, so weiche sie der Wahrheit[4]), auch trete sie dann nicht ein, wenn die Kinder nicht zur gesetzmäßigen Zeit geboren seien. Bei Bestimmung dieser gesetzmäßigen Zeit folge aber das römische Recht der Meinung der berühmtesten Aerzte, namentlich des Hippokrates, daß ein Kind, um reif oder lebensfähig (partus perfectus s. maturus s. vitalis) zu sein, mindestens ein halbes Jahr oder volle 181 Tage im Mutterleibe gewesen sein müsse, daß es aber anderseits nicht länger, als höchstens zehn Monate, im Mutterleibe verweilen könne. Daraus leite das römische Recht unter andern die Folge ab, daß, wenn eine Ehefrau nach

4) L. 6 D. de his qui sui 1, 6.

Ablauf von 181 Tagen seit dem Anfange der Ehe (oder der Rückkehr des Mannes nach langer Abwesenheit) ein Kind gebäre, dieses Kind, auch wenn es ein reifes, als vom Ehemann erzeugt zu betrachten und daher von ihm als sein Kind anzuerkennen sei, indem es in der Brautnacht (oder in der ersten Nacht nach der Rückkehr des Mannes) habe erzeugt werden können. Wenn dagegen die Frau vor dem 182sten Tage seit Eingehung der Ehe (bezw. der Rückkehr des Mannes) ein reifes Kind gebäre, so brauche der Mann es nicht anzuerkennen, weil hier aus der Reife des Kindes nothwendig folge, daß es schon vor Beginn der Ehe (bezw. während der Abwesenheit des Mannes) erzeugt sein müsse: L. 12 D. de statu hom. 1, 5, L. 3 §. 12 D. de suis et legitim. 38, 16.

Auf diese Sätze vorzüglich hätten sich nun die älteren zum Beweise der Rechtsunfähigkeit des nicht lebensfähigen Kindes berufen. Sie folgerten nämlich daraus[5]), daß das vor dem 182sten Tage seit der Erzeugung geborene Kind der Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit entbehre, und daß daher ein Kind, um Persönlichkeit zu erlangen, nach dem 181sten Tage seit der Erzeugung geboren werden müsse.

Dies sei nun freilich zweifellos falsch und werde durch die angeführten Stellen in keinerlei Art bewiesen. Von der Zeit der Erzeugung sprächen mit allem Fug die Quellen des römischen Rechtes nicht, da sich diese Zeit durchaus nicht sicher ermitteln lasse. Auch sei in jenen Stellen nicht von der Frage die Rede, ob das Kind Person, sondern blos von der andern, ob es in der Ehe erzeugt und folglich vom Ehemanne anzuerkennen sei. Dies hätten mit Recht Seuffert, dem hiebei das Verdienst der Priorität gebüre, Vangerow, Savigny, ganz vorzüglich aber Dähne a. d. a. OO. (Anm. 1) gezeigt.

§. 6. Indessen sei von diesen Schriftstellern nicht beachtet worden, daß doch die genannten Stellen, und besonders L. 12 cit., auch zur Frage nach der Lebensfähigkeit eine gewisse Beziehung hätten. Denn der Satz, daß das vor dem 182sten

5) Hierher gehöre namentlich G. E. Oeltze Comment. de partu vivo vitali aut non vitali. (Jen. 1769) und Glück Erläut. d. Pand. XXVIII. S. 123.

Tage seit Eingehung der Ehe geborene Kind von dem Ehemanne nicht anerkannt zu werden brauche, könne vernünftigerweise nur von dem reifen oder lebensfähigen Kinde (dem partus perfectus) gelten, eine Einschränkung, welche freilich nicht nur von den genannten, sondern überhaupt von den meisten neueren Schriftstellern, wie z. B. Mühlenbruch Lehrb. §. 205, Puchta Pand. §. 41 Nr. 1, Sintenis Civilrecht III. §. 138 Nr. 1, nicht gemacht und von Savigny sogar ganz ausdrücklich verworfen werde. Dieser behaupte nämlich a. a. O. S. 390, der Ehemann sei nicht gehalten, ein vor dem 182sten Tage nach Eingehung der Ehe geborenes Kind anzuerkennen, „selbst wenn die Aerzte wegen des sehr unreifen Zustandes eine Erzeugung in der Ehe für möglich hielten".

Es komme aber hier folgendes in Betracht, was zugleich den Sinn und Umfang jener Vaterschaftsvermuthung und der dabei stattfindenden Berechnung genauer bestimme. Um lebensfähig, also zur selbständigen Fortsetzung des Lebens außerhalb des Mutterleibes reif genug zu werden und bei der Geburt nicht mehr als abortus zu erscheinen, müsse nach Ansicht des römischen Rechtes ein Kind mindestens volle sechs Monate im Mutterleibe gewesen sein. Nun gebe es aber auch noch Grade der Reife; denn ein im neunten oder zehnten Monate geborenes Kind habe nothwendig eine größere Reife, als ein im siebenten Monate geborenes. Allein auf diese verschiedenen Grade und Stufen der Reife könne im Rechte keine Rücksicht genommen werden, denn es sei ein dringendes öffentliches Interesse, die häuslichen und Familienverhältnisse nicht im ungewissen zu lassen, sondern so viel als möglich hier jeden Zweifel zu heben und alles fest und sicher zu stellen. Wenn daher schon im siebenten Monat oder auch gerade am 182sten Tage seit Eingehung der Ehe oder Rückkehr des Mannes nach langer Abwesenheit ein Kind von der Ehefrau geboren werde, so müsse der Mann dieses Kind anerkennen, einerlei, ob es reif sei oder nicht und welchen Grad von Reife es erlangt habe, es würde denn der Beweis geliefert, daß der Ehemann ganz unmöglich der Vater des Kindes sein könne. Dieser Beweis könne aber niemals durch Berufung auf einen höheren Grad von Reife

des Kindes geführt werden, sondern nur mittels der in L. 6 cit. angegebenen Gründe. Daß dies auch Savigny's Meinung, erhelle aus dem, was er a. a. O. S. 390 Note h sage.

Sehr viele ältere und neuere Juristen aber hätten den Sinn der Vermuthung falsch aufgefaßt, indem sie meinten, ein im siebenten Monate geborenes Kind sei kein eheliches und brauche vom Ehemann nicht anerkannt zu werden, wenn seine volle Reife bewiesen werden könne.[6]) Diese Meinung lasse die Gründe, worauf sich die Vermuthung der Vaterschaft stütze, ganz unbeachtet und stehe mit der cit. L. 12 de stat. hom. in offenem Widerspruch, da diese Stelle ganz absolut rede und Grade der Reife nicht weiter unterscheide.[7])

§. 7. Was nun aber das vor dem siebenten Monate seit Eingehung der Ehe geborene Kind anlange, so sei zu unterscheiden: Wenn ein solches Kind reif, d. h. lebensfähig sei, so lasse sich nach Ansicht der römischen Juristen und der berühmtesten Aerzte damaliger, wie auch der Aerzte unserer Zeit[8]), sowie nach Maßgabe der genannten Vermuthung die Erzeugung des Kindes aus ehelichem Beischlafe nicht herleiten, und ein solches Kind könne daher als Kind des Ehemannes nicht angesehen werden, wenn dieser nicht selbst überführt oder geständig sei, daß er seiner Frau schon vor der Ehe beigewohnt. Darüber bestehe auch wohl kein Streit.

Wie aber, wenn das vor dem siebenten Monate seit Eingehung der Ehe (oder nach langer Abwesenheit des Mannes) von der Ehefrau geborene Kind nicht reif oder lebensfähig sei?

---

6) Z. B. Cocceji Jus civ. controv. I., 6 qu. 3 und die dort citirten, Hofacker Princ. iur. civ. §. 544 not. e, Glück Erläut. der Pand. XXVIII. S. 110—133, Thibaut Syst. d. Pand. R. 8. Ausg. §. 259, Puchta Vorles. §. 41 (4. Ausg. S. 95), Urtheile der Juristenfacultäten zu Marburg und Heidelberg von 1825 und 1826 (s. Zeitschr. f. Civ.- u. Crim.-Rechtspfl. in Hannover, herausg. von G. P. Gans I. S. 570 fg., 586 fg.), Erkenntnisse des Würtemb. Obertribunals von 1840, 1845, 1856 (bei Seuffert Archiv XI. S. 11—13).

7) Vgl. auch J. A. Seuffert Rechtswissenschaftl. Abhandlungen (1837) S. 111—124.

8) Vgl. Ad. Henke Abhandl. aus d. gerichtl. Medicin, 2. Ausgabe, III., S. 288 fg.

Savigny a. a. O. S. 388—391 und die zu Anfang des §. 6 genannten Schriftsteller wollten von einem solchen Kinde das nämliche, wie von einem reifen Kinde, behaupten, d. h. daß der Ehemann es nicht anzuerkennen brauche; allein diese Meinung sei keineswegs zu billigen. Savigny a. a. O. S. 387 mache mit Recht darauf aufmerksam, daß durch die mehrerwähnten Vermuthungen auch die Ruhe der Familien und der gute Ruf der Frauen behütet werden solle. Stehe dies aber von der Auslegung, welche Savigny jenen Vermuthungen gebe, zu erwarten? Im Gegentheil sei, wenn diese Auslegung durchdränge, zu fürchten, daß dem Rufe der sittsamsten Frauen ganz unverdientermaßen der empfindlichste Eintrag geschehen könnte, denn es komme gar nicht selten vor, daß eine neuvermählte im fünften oder sechsten Monat ein nicht lebensfähiges Kind gebäre, welches nach der Geburt einige Augenblicke oder Stunden lebe und sehr wohl von der Hochzeitsnacht oder auch noch einem späteren Zeitpunkte herrühren könne. Nach Savigny's Meinung aber müßte man vermuthen, daß eine solche Frau schon vor der Ehe sich hingegeben.

So etwas zu bestimmen, sei nicht die Art des römischen Rechtes. Die von ihm aufgestellte Vermuthung, daß das vor dem 182sten Tage geborene Kind nicht aus ehelichem Beischlaf erzeugt sei und folglich vom Ehemanne nicht anerkannt zu werden brauche, dürfe blos auf das reife, d. h. lebensfähige Kind, keineswegs aber auf das nicht lebensfähige Kind bezogen werden. Dies werde theils durch die entwickelten Gründe, theils und vornehmlich aber durch ein aus L. 12 D. de statu hom. fließendes argumentum a contrario bewiesen. Letztere Stelle scheine von Savigny nicht richtig erklärt zu sein und bedürfe daher einer genaueren Betrachtung.

§. 8. Julius Paulus sage in L. 12 cit. folgendes:

> **Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.**

Die Auslegung dieser Stelle hänge von der Frage ab, was darin unter „perfectus partus“ zu verstehen. Savigny a. a. O. S. 388 Note e, S. 408 Note y sage, der Ausdruck sei mehrdeutig und könne sowohl ein zur lebendigen Geburt, als auch ein zur längeren Fortsetzung des Lebens fähiges Kind bezeichnen, füge aber bei (S. 388): „perfectus partus kann in diesem Zusammenhange nur heißen ein wirkliches lebendiges Kind, im Gegensatz des abortus“ und (Seite 408): „aus den folgenden Worten ist es klar, daß Paulus dort (in L. 12) jene Regel (septimo mense nasci perfectum partum) lediglich wegen der Vermuthung der Paternität aufstellt, bei welcher ohnehin von Vitalität gar nicht die Rede ist.“

Allein aus dem Zusammenhange der L. 12 folge so wenig, daß darin unter partus perfectus ein lebendiges Kind gemeint sei, daß vielmehr, wie sogleich gezeigt werden solle, „partus perfectus“ darin gar nicht ein lebendiges Kind bezeichnen könne. Und was die auf die Vaterschaftsvermuthung bezügliche Behauptung Savigny's anlange, so enthalte sie eine reine petitio principii, denn das eben frage sich, ob nicht in der Stelle auch von der Vitalität die Rede sei, und ob nicht, wie oben erörtert worden, die Vitalität auch für die Vaterschaftsvermuthung eine gewisse Bedeutung habe. Daß diese Frage aber zu bejahen, ergebe sich nicht blos aus L. 12 cit., sondern auch aus dem, was Savigny selbst S. 388 sage. Er gestehe nämlich zu, daß Paulus in der Stelle den partus perfectus dem abortus entgegensetze. Wenn dem nun wirklich unzweifelhaft so sei, so folge daraus, daß Paulus allerdings bei der Frage nach der Vaterschaft der Vitalität eine gewisse Erheblichkeit beimesse. Denn der Gegensatz des abortus sei nicht, wie Savigny meine, das lebende Kind, da auch ein abortus lebend zur Welt kommen könne (s. unten §. 10) und Savigny selbst S. 404, 407 zugebe, daß Paulus anderwärts von einem lebendigen aber nicht lebensfähigen Kinde, d. h. von einem lebenden abortus rede, indem eben abortus das nicht lebensfähige Kind bezeichne (§. 10); sondern, wenn dem abortus der perfectus partus entgegengesetzt werde, so könne mit letzterem Ausdrucke

nur das lebensfähige oder reife Kind gemeint sein, dasselbe, welches Paulus an einer anderen Stelle (Rec. sent. IV., 9 §. 1) als „partus pleni temporis“ bezeichne.

Die Stelle würde aber auch ganz sinnlos sein, wenn sie schlechthin auf die lebenden Kinder bezogen würde. Denn was wäre das für ein Zusammenhang: im siebenten Monate könne ein Kind lebend zur Welt kommen, und **deshalb** sei anzunehmen, daß das in gültiger Ehe im siebenten Monate geborene ein eheliches Kind sei! Auf das Leben könne doch bei der Frage nach der Ehelichkeit eines Kindes nichts ankommen, sondern lediglich auf die Reife.

L. 12 cit. wolle blos die Frage entscheiden, ob ein im siebenten Monat seit Beginn der Ehe von der Ehefrau geborener „partus perfectus“ aus ehelichem Beischlaf erzeugt sein und daher als rechtes Kind des Ehemanns angesehen werden, und ob also schon in einer Zeit von sechs Monaten die Leibesfrucht zu einem partus perfectus heranreifen könne, oder aber ob dies nicht möglich sei und daher der Ehemann das Kind nicht anzuerkennen brauche.

Werde so die in L. 12 behandelte Frage gestellt — und anders lasse sie sich nicht stellen —, so sei klar, daß darin der Ausdruck „perfectus“ nicht im Sinne von „lebendig“ verstanden werden könne. Auch sei ja das gar nicht zweifelhaft oder streitig gewesen, ob im siebenten Monate ein Kind lebend geboren werden könne, da Niemand daran gezweifelt habe, daß dieses sogar schon im sechsten und fünften Monate möglich sei, sondern nur darum habe sich bei den Alten, wie bei uns, der Streit bewegt, ob ein schon am Beginne des siebenten Monates geborenes Kind reif oder lebensfähig und also partus perfectus sein könne. Von den Aerzten habe Hippokrates kein Bedenken getragen, dies zu bejahen[9]), und seine Auctorität habe bei den Römern in dieser Frage den Ausschlag gegeben, wie denn auch Paulus in L. 12 cit. sich darauf berufe. In

9) Vgl. Fabrotus Exercit. de tempore partus humani s. de iusto partu in Otto Thesaur. III. p. 1162 sq., Mende Handbuch der gerichtl. Medicin II. S. 353—357.

dieser Berufung selbst liege aber das allergewichtigste Moment zum richtigen Verständnisse der Stelle. Denn Hippokrates (περὶ διαίτης Lib. I. vergl. auch περὶ ἑπταμήνου in Opp. t. I. p. 648, p. 444 sq., 451 ed. Kühn) sage nicht, daß im siebenten Monate ein lebendes Kind, sondern daß in demselben ein lebensfähiges Kind geboren werden könne.

Nach allen diesen Erwägungen könne in L. 12 cit. „perfectus partus" nur von dem lebensfähigen oder reifen Kinde verstanden werden. Daraus folge denn aber mittels des argumentum a contrario blos, daß ein vor dem siebenten Monate von der Ehefrau geborenes reifes Kind von dem Ehemanne nicht anerkannt zu werden brauche, keineswegs aber, daß dies sich mit jedem vor dem siebenten Monate geborenen, gleichviel ob reifen oder unreifen, Kinde so verhalte. Sei also das vor dem siebenten Monate geborene Kind ein noch unreifes oder nicht lebensfähiges (partus non perfectus), so könne man durchaus nicht mit Savigny und den anderen die Vermuthung aufstellen, daß der Ehemann nicht der Vater sei, und am wenigsten dürfe man sich dafür auf L. 12 cit. berufen wollen.

§. 9. Aus der bisherigen Untersuchung (§. 5—8) ergebe sich folgendes:

1) Es sei falsch, daß ein im siebenten Monate, d. h. nach dem 181sten Tage seit Eingehung der Ehe geborenes Kind, wenn es vollkommen reif sei, vom Ehemanne nicht anerkannt zu werden brauche; denn auf die Grade der Reife komme für die Vermuthung der Vaterschaft nichts an.

2) Eben so unrichtig sei die Meinung Savigny's und einiger neueren, daß der Ehemann selbst das unreife oder nicht lebensfähige vor dem siebenten Monate geborene Kind nicht anerkennen müsse.

3) Die Frage nach der Lebensfähigkeit dürfe nicht mit älteren Juristen von dem Zeitpunkte der Erzeugung abhängig gemacht werden, und es sei daher eine irrige Lehre, daß ein nach dem 181sten Tage seit der Erzeugung geborenes Kind lebensfähig und rechtsfähig sei.

4) Seuffert, Dähne, Vangerow, Savigny und den andern, die ihnen folgten, müsse man einräumen, daß der siebente Monat oder die 182 Tage, wovon die römischen Quellen sprächen, sich nicht auf die Rechtsfähigkeit bezögen, und daß von den alten Juristen, welche die Persönlichkeit des lebendigen, aber nicht lebensfähigen Kindes verneinten, die Lebensfähigkeit, welche eine Bedingung der Rechtsfähigkeit sei, mit den Bedingungen der Vaterschaftsvermuthung ganz ungehöriger Weise zusammengemengt werde.

Aus der Widerlegung solcherlei falscher Beziehungen, welche man der Ansicht, daß dem nicht lebensfähigen Kinde keine Rechtsfähigkeit zukomme, gegeben, folge aber noch keineswegs die Unrichtigkeit dieser Ansicht selbst. Ihre Richtigkeit ergebe sich vielmehr aus einem Argumente, welches mit Nothwendigkeit zur Verneinung der an die Spitze gestellten Frage hinführe.

§. 10. Für die Entscheidung dieser Frage seien wir nämlich, wie dem Verfasser scheine, blos auf zwei Stellen angewiesen und beschränkt, nämlich auf §. 1 I. de exhered. liber. 2, 13 und L. 2 C. de post. hered. 6, 29, und zwar hänge sie von der richtigen Erklärung der Worte „abortus“ und „postumus“ ab.

Die römischen Quellen setzten den abortus dem postumus entgegen; jenen betrachteten sie als nicht rechtsfähig und erklärten daher (in den angeführten Stellen), daß das Testament eines Mannes, worin postumi übergangen seien, zwar durch die spätere Geburt eines postumus, nicht aber durch einen abortus der Ehefrau rumpirt werde. Und auch diejenigen Schriftsteller, welche zur Rechtsfähigkeit die Lebensfähigkeit nicht für erforderlich hielten, gäben wenigstens zu, daß der abortus keine Person und nicht rechtsfähig sei. Die ganze Entscheidung der Streitfrage drehe sich also schließlich, worauf der Verfasser schon vor 40 Jahren in der Recension der in Anm. 1 erwähnten Abhandlung Seuffert's (Heidelberger Jahrbücher 1824 S. 552) aufmerksam gemacht habe, um den Begriff des abortus.

Von diesem Begriffe hätten aber freilich weder die Anhänger, noch die Gegner der Ansicht, welche auch dem nicht

lebensfähigen Kinde Rechtsfähigkeit zuschreibe, eine befriedigende Bestimmung gegeben. Die älteren, welche dem nicht lebensfähigen Kinde die Rechtsfähigkeit versagten, mischten dabei immer die 182 Tage und die Zeit der Erzeugung ein und sagten, daß ein vor dem 182sten Tage (oder auch dem siebenten Monate) seit der Erzeugung geborenes Kind ein abortus sei, ohne daran zu denken, daß sich diese Zeitberechnung nur auf die Frage nach der Vaterschaft beziehe, von der Zeit der Erzeugung dagegen, die niemals mit Sicherheit festgestellt werden könne, in den Quellen nirgends die Rede sei. Ein ganz seltsamer Begriff des abortus finde sich bei Oeltze, der unter jenen älteren Schriftstellern ein großes Ansehen genossen. Er sage nämlich (in der Anm. 5 citirten Abhandlung §. V.): ein vor der regelmäßigen Zeit geborenes Kind werde entweder vor dem siebenten Monat oder nach Beginn des siebenten Monates geboren. Im ersten Fall werde es partus praematurus, im zweiten abortus genannt, und daß diese Definition des abortus auch im Sinne der römischen Gesetze richtig sei, erhelle aus den von Brissonius de V. S. h. v. beigebrachten Stellen. Es bedürfe indessen keiner Bemerkung, daß in diesen nichts der Art zu finden sei.

Aber auch die Erklärung, welche die neueren, die dem lebensunfähigen Kinde Persönlichkeit beilegten, z. B. Dähne, Vangerow und Savigny, von dem Begriffe des abortus gäben, und wodurch sie die ihrer Ansicht widerstreitende L. 2 C. cit. aus dem Wege zu räumen glaubten, lasse sich nicht billigen.

§. 11. Dähne a. a. O. (Anm. 1) S. 361 spreche sich über den Begriff des abortus und das Argument, das sich daraus für Entscheidung der streitigen Frage hernehmen lasse, in einer Weise aus, daß seine Meinung mit Bestimmtheit nicht erkennbar sei. Halte man sich aber an seine Worte, so räume er das, was er zu bekämpfen scheine: daß zur Rechtsfähigkeit die Lebensfähigkeit des Kindes gehöre, selbst vollständig ein. Nachdem er mit Recht darauf hingewiesen, daß es ein Irrthum sei, den Begriff des abortus mit Rücksicht auf die Zeit der Erzeugung zu bestimmen, erkläre er nämlich selbst, abortus sei

„jede von der Mutter getrennte Frucht, deren zur Ausübung der Lebensverrichtungen absolut nothwendigen Organe noch nicht die unentbehrliche Vollkommenheit erlangt haben", und in L. 2 C. cit. solle, wie er sage, abortus jedes Kind bedeuten, „welchem die unentbehrliche Vollkommenheit der zur Ausübung der Lebensverrichtungen nothwendigen Organe abgehe." Er gebe also zu, ein solches Kind sei keine Person und könne daher das väterliche Testament nicht rumpiren. Ein solches Kind sei aber eben ein nicht lebensfähiges, und folglich räume Dähne in der That ein, daß das nicht lebensfähige Kind keine Person sei.

Vangerow (Lehrb. d. Pand. I. §. 32) sage über L. 2 C. cit. blos: „In der Stelle heißt es nun freilich, durch einen abortus könne das Testament des Vaters nicht rumpirt werden; daß aber ein wirklich lebendes und mit menschlicher Bildung versehenes Kind darum ein abortus sei, weil es vor dem 182sten Tage nach der Conception geboren worden, ist weder dort, noch in einem anderen Gesetze gesagt." Allein diese Erklärung wende sich nur gegen die falsche Vorstellung, welche ältere Juristen mit dem Begriffe von abortus verbunden hätten; der Kernpunkt der Sache werde damit nicht berührt. Vangerow gebe zu, daß ein abortus keine Persönlichkeit habe, sage aber nicht, was ein abortus sei.

Savigny a. a. O. S. 8, 388 Note e, S. 392 antworte zwar auf diese Frage, aber seine Antwort sei eine sehr unbefriedigende. Er räume ein, daß ein abortus keine Person und nicht rechtsfähig sei, wolle aber unter abortus ein vor der Zeit todt geborenes Kind verstehen, und S. 8 sage er sogar, abortus sei ein vor der Zeit geborenes Kind, „das schon vor dem Anfang der Geburt todt war". Er setze daher dem abortus das lebende Kind entgegen. Zum Beweise dieser Behauptung werde freilich nicht das geringste beigebracht, und sie lasse sich auch in keiner Art beweisen, sei vielmehr unzweifelhaft falsch.

Im Begriffe des abortus liege nicht, daß das Kind bei der Geburt todt, sondern daß es nicht lebensfähig gewesen. Die Römer setzten den abortus dem partus

und natus entgegen, ebenso „abortum facere“ dem „parere“ [10]). Nirgends aber werde abortus dem partus vivus entgegengesetzt. Abortus sei eine Leibesfrucht, die beim Austritt aus dem Mutterleibe noch im embryonalen Zustande sei und deshalb, wegen der fehlenden Reife, ihr Leben außerhalb des Mutterleibes und selbständig nicht fortsetzen könne, also m. a. W. ein nicht lebensfähiges Wesen. Zumeist allerdings werde ein solches nicht lebensfähiges Kind entweder schon todt zur Welt gebracht oder sterbe doch während des Gebäractes, allein es könne immerhin vorkommen, und komme selbst gar nicht allzuselten vor, daß es noch nach der Geburt lebe und dann erst wegen Mangels der Lebensfähigkeit sterbe. Dies werde sowohl von älteren, als neueren Aerzten bezeugt [11]) und sei auch von den römischen Juristen angenommen worden. Beweis sei eine Stelle von Paulus (Rec. Sent. IV., 9 §. 1), wo dieser erkläre, ein Kind könne seinen Eltern zur Erlangung des ius liberorum nur dann etwas nützen, wenn es lebendig **und** lebensfähig geboren werde (verb.: „matres, — — ut ius liberorum consecutae videantur, ter — — peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariant“). Hier unterstelle also Paulus, wie Savigny S. 404, 407 selbst zugebe, die Möglichkeit, daß ein Kind zwar lebend, aber nicht lebensfähig zur Welt kommen, m. a. W. daß ein abortus nach seinem Heraustreten aus dem Mutterleibe leben könne. Gleicher Weise bezeuge Gellius (Noct. Att. 111, 16), daß der Begriff des abortus auch lebende (aber nicht lebensfähige) Kinder umfasse.

Dies stimme auch mit dem allgemeineren Begriffe von abortus überein. Dieses Wort werde auf Menschen, Thiere und Pflanzen bezogen (z. B. arborum abortus bei Plinius

10) Z. B. L. 1 §. 27 D. de vent. in poss. 37, 9: „aut pariat aut abortum faciat“; Paul. Rec. Sent. IV., 9 §. 6: „abortus vel abactus venter partum efficere non videntur“; Aul. Gellius Noct. Att. 111, 16: „cum abortio, non partus videretur“.

11) Z. B. G. G. Ploucquet Commentar. medic. in process. crim. super homicid. (1786) p. 235 sq., und die dort angeführten, Ad. Henke Abhandl. aus der gerichtl. Med III. (2. Ausg. 1824) S. 281 fg.

Hist. nat. XII., 2), bezeichne aber niemals das todte, sondern das unvollkommene, noch nicht fertige, unreife, vorzeitige, gleichviel ob es todt sei, oder lebe.

Bestätigt werde dies auch durch L. 2 C. de post. hered., indem es dort heiße: „Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, iuris evidentissimi est.“ Dem abortus werde also entgegengesetzt der postumus, qui natus illico decessit. Könne man nun hier mit Savigny unter abortus ein vorzeitig und todt geborenes Kind verstehen? Gewiß nicht. Denn was könnte auf die vorzeitige Geburt des Kindes ankommen, wenn es todt geboren wäre! Auch habe das gar nicht fraglich sein können, daß ein todtgeborenes Kind, einerlei ob reif oder unreif, das Testament seines Vaters nicht zu rumpiren vermöge (L. 129 D. de V. S.), sondern nur das sei möglicher Gegenstand des Zweifels gewesen, ob ein lebendig, aber nicht lebensfähig geborenes Kind die Ruption des Testamentes herbeiführen könne, und nur ein solches Kind könne auch mit Fug dem postumus, d. h. dem reifen oder lebensfähigen Kind entgegengesetzt werden, welches alsbald nach der Geburt sterbe. Nur, wenn man so den Gegensatz verstehe, gewinne die Stelle einen guten Sinn. Das Gesetz (ein Rescript von Diocletian und Maximian) spreche nämlich von den Kindern, deren Tod kurz nach der Geburt erfolgt sei, und von dem Einflusse, den dieser Tod auf das väterliche Testament äußere, und weise darauf hin, daß die Frage, ob dies Testament gelte, nicht von jenem Tode, sondern blos davon abhänge, ob das Kind Person gewesen oder nicht. Es entscheide daher, daß durch einen abortus, d. h. durch die Geburt eines unreifen oder nicht lebensfähigen Kindes, das Testament nicht vernichtet werde, wenn jenes auch nach dem Heraustreten aus dem Mutterleibe gelebt haben sollte; durch Geburt eines postumus dagegen, d. h. (wie sich das Wort im Gegensatze zum abortus gar nicht anders verstehen lasse) eines reifen oder lebensfähigen Kindes werde das Testament rumpirt und gelange auch nicht wieder zur Kraft, wenn das Kind alsbald versterbe. Auf gleiche Weise

werde in den Institutionen (cit. §. 1 de exher. liber.) der abortus dem postumus entgegengesetzt.

Savigny freilich lege L. 2 C. cit. ganz anders aus. Er sage nämlich S. 393, 394 (vgl. auch S. 408): „Die Stellen, die offenbar unsere Frage am nächsten berühren, sind die L. 2, 3 C. de post. Diese sagen, das Kind habe Rechtsfähigkeit unmittelbar nach der vollendeten Geburt, auch selbst wenn es im nächsten Augenblick (illico) sterbe, z. B. noch in den Händen der Geburtshelferin. Hier lag es doch gewiß sehr nahe, zu unterscheiden, ob dieser schnelle Tod erfolge aus Mangel innerer Lebenskraft (Vitalität), oder aus äußeren Ursachen; von dieser Unterscheidung aber finden wir kein Wort, also war sie gewiß auch nicht im Sinne des Gesetzgebers."

Allein diese Unterscheidung finde sich in L. 2 C. cit. (von L. 3 C. cit. werde später die Rede sein) allerdings. Denn das Gesetz unterscheide ganz ausdrücklich den abortus und den postumus, d. h. das nicht lebensfähige und das lebensfähige Kind. Auch sage das Gesetz nicht so allgemein, wie Savigny schreibe: „das Kind habe Rechtsfähigkeit unmittelbar nach der vollendeten Geburt" u. s. w., sondern dies werde darin blos vom postumus gesagt, vom abortus dagegen verneint. Savigny sei zu seiner Erklärung der Stelle nur durch die von ihm für unzweifelhaft angenommene, aber, wie oben gezeigt, falsche Meinung geführt worden, daß abortus allemal todt zur Welt kämen.

Wenn nun aber abortus, wie jetzt wohl als bewiesen erachtet werden dürfe, nicht das vor der Zeit und todt geborene Kind bezeichne, sondern jedes nicht lebensfähige Kind (im eigentlichen Sinn), gleichviel, ob es todt oder lebendig zur Welt gekommen, und wenn ferner von allen zugegeben werde und auch aus L. 2 C. cit. und §. 1 I. cit. erhelle, daß ein abortus keine Person sei, so folge aus all dem von selbst der behauptete Satz:

daß ein zwar lebendes, aber nicht lebensfähiges Kind keine Person und nicht rechtsfähig sei.

Daß die Persönlichkeit eines Kindes durch seine Lebensfähigkeit bedingt sei, werde auch durch die schon angeführte

Stelle des Paulus über das ius liberorum und die erwähnte Stelle von Gellius beweisen. Paulus erfordere zur Erlangung des ius liberorum lebend geborene und lebensfähige Kinder (denn daß dies mit den Worten „pleni temporis“ gemeint sei, werde selbst von Savigny S. 404 fg. zugegeben und gezeigt), und daraus lasse sich ein Schluß ziehen auf das, was zur Rechtsfähigkeit eines Kindes erforderlich sei. Auch das freilich werde von Savigny in Abrede gestellt. Er sage nämlich S. 407, 408: „Bei Paulus und bei Gellius betrifft jene Regel lediglich die Begründung des ius liberorum. Dagegen haben wir durchaus keinen Grund anzunehmen, daß Paulus oder irgend ein anderer Jurist das Erforderniß der Vitalität auch auf die eigene Rechtsfähigkeit des lebend geborenen Kindes selbst angewendet hätte.“

Allein liege dieser Grund nicht vollauf in der Stelle des Paulus selbst? könne doch die Regel, daß ein zwar lebendes, aber nicht lebensfähiges Kind den Eltern zur Gewinnung des ius liberorum nichts nütze, nur eine bloße Folge des allgemeineren Satzes sein, daß nicht lebensfähige, obgleich lebend geborene Kinder vom Rechte nicht als Kinder angesehen, sondern den todtgeborenen gleich geachtet würden, also auch keine Persönlichkeit hätten und nicht rechtsfähig seien. Es sei denn auch gar kein weiterer Grund weder vorhanden noch überhaupt denkbar gewesen, weshalb lebende, aber nicht lebensfähige Kinder zur Erlangung des ius liberorum nichts fruchten sollten. Dies gehe aber zum Ueberfluß auch aus der Stelle des Paulus selbst hervor. Denn welche Kinder seien es, die nach seiner Darstellung den Eltern nichts nützten? 1) die todtgeborenen (Paul. Sent. IV., 9 §. 1); denn diese seien keine liberi und hätten keine Persönlichkeit (Paul. in L. 129 D. de V. S. 50, 16), 2) die monstrosi (Paul. Sent. l. c. §. 4), aus dem gleichen Grunde (Paul. l. c. und in L. 14 D. de statu hom. 1, 5), 3) die abortus (Paul. Sent. l. c. §. 6), d. h. die nicht lebensfähigen Kinder (non pleni temporis), obwohl sie lebend aus dem Mutterleibe herausgetreten (Paul. Sent. l. c. §. 1); denn ein abortus sei kein

partus (Paul. in §. 6 cit.) und also unter den liberi nicht mitzurechnen. —

Es bleibe jetzt nur noch übrig, L. 3 C. de post. her. 6, 29, welche meist ebenfalls hierherbezogen werde, etwas genauer zu betrachten.

In dieser Stelle entscheide Justinian die Streitfrage der alten Juristen, ob ein postumus, der nach der Geburt ohne geschrieen zu haben („voce non emissa") sterbe, das Testament seines Vaters rumpiren könne, also m. a. W. nach der Geburt Person und rechtsfähig gewesen sei, und schließe sich der bejahenden Meinung der Sabinianer an, indem er erkläre:

„si postumus vivus perfecte natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium."

Auf diese Entscheidung pflegten sich sowohl die Anhänger als die Gegner der richtigen Ansicht zu berufen. Jene, indem sie sich auf die Worte „perfecte natus" stützten und darin den Ausspruch zu finden glaubten, daß nur der partus perfectus, d. i. das lebensfähige Kind, Persönlichkeit habe. Allein schon früher (§. 4 a. Anf.) sei bemerkt worden, daß „partus perfecte natus" in L. 3 C. cit. nicht das lebensfähige Kind, den partus perfectus, sondern nur das vollständig geborene, d. h. aus dem Mutterleibe schon gänzlich herausgetretene und davon vollkommen getrennte Kind bezeichnen könne. Es sei also aus L. 3 C. cit. für die Ansicht, daß dem lebensunfähigen Kinde keine Rechtsfähigkeit zukomme, in der That nichts zu schließen.

Die Gegner dieser Ansicht, besonders Savigny a. a. O. S. 393, 394 und 408, um die Stelle zu ihren Gunsten zu verwerthen, bedienten sich folgender Schlußfolgerung: Nach L. 3 C. cit. bewirke ein Kind, sobald es lebend vollständig zur Welt gekommen, Ruption des Testamentes und sei folglich Person. Von der Lebensfähigkeit rede die Stelle nicht, und doch hätte sie dieses Erforderniß, wenn sie es zur Rechtsfähig-

keit des Kindes verlangen wollte, unmöglich mit Stillschweigen übergehen können; man müsse also annehmen, daß sie es absichtlich übergangen, und daß mithin die Lebensfähigkeit des Kindes zu dessen Rechtsfähigkeit nicht erforderlich sei. (S. oben S. 19.) Allein diese Folgerung umgehe die Hauptsache. Das Gesetz spreche nicht von allen und jeden Kindern oder Leibesfrüchten, die nach der Testamentserrichtung zur Welt kämen, sondern blos von den postumi (verb.: „si postumus in hunc orbem devolutus est, — — si is postumus ruptum facere testamentum potest"). Im Begriffe des postumus liege aber, wie gezeigt, die Verneinung des abortus; postumus sei nur das reife oder lebensfähige Kind. Indem also L. 3 C. cit. von postumi spreche, so rede sie überhaupt blos von lebensfähig geborenen Kindern und habe daher nicht nöthig, das Erforderniß der Lebensfähigkeit noch einmal besonders zu erwähnen. —

Wenn nunmehr als bewiesen erachtet werden dürfe, daß nach gemeinem Rechte die Lebensfähigkeit eine Bedingung der Rechtsfähigkeit bilde, so lasse sich auch unschwer zeigen, daß dieses vernünftig und der Natur der Sache entsprechend sei, was freilich ebenfalls von den Gegnern bestritten werde. Der Grund, warum das Recht den abortus, selbst wenn er lebendig zur Welt komme, nicht als Person betrachte, liege nämlich in dem, was schon oben §. 3 angedeutet worden. Zwei Hindernisse seien es, weshalb das Kind im Mutterleibe keine Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit habe: erstens seine Verbindung mit der Mutter, zweitens seine Unfähigkeit, selbständig und unabhängig von jener Verbindung zu leben. Durch den Austritt des Kindes aus dem Mutterleibe falle das erste Hinderniß weg, aber, wenn das Kind noch nicht den zum selbständigen Fortleben erforderlichen Grad der Reife erlangt habe, noch nicht auch das zweite. Ein so unreifes Kind habe nicht aufgehört, mit seinem Dasein von der Mutter abhängig zu sein, es sei im embryonalen Zustande geblieben und könne zu demjenigen Leben, welches die Voraussetzung der Rechtsfähigkeit ausmache, nicht gelangen. Das Recht, welches den Embryonen die Persönlichkeit abspreche, würde sich in der That

einer Inconsequenz schuldig machen, wenn es doch wieder einem Embryo, der sich noch ganz im embryonalen Zustande befinde, die Persönlichkeit beilegen wollte zufolge eines Ereignisses (des Heraustretens aus dem Mutterleibe), das ihn nicht, wie das reife Kind, dem selbständigen Leben, sondern mit Nothwendigkeit dem Tode zuführe. Auch sei gewiß kein Grund vorhanden, einer solchen Geburt einen Einfluß auf letztwillige Verfügungen und die wichtigsten Familienverhältnisse einzuräumen.[12])

Wenn Vangerow a. a. O. gegen diese innere Begründung geltend mache, daß ihr eine Verwechslung des zur Persönlichkeit allein erforderlichen physischen Lebens mit dem philosophischen Begriffe von Leben, dem Leben mit Bewußtsein, zu Grunde liege, so sei dieser Vorwurf offenbar unerfindlich, und in ernstlichen Betracht könne nur eine andere Behauptung Vangerow's (ebendaselbst) kommen, daß sich nämlich zwischen dem Leben des ausgetragenen, aber kurz nach der Geburt gestorbenen Kindes und demjenigen des noch nicht ausgetragenen Kindes kein innerer Unterschied machen lasse, indem das erste nicht weniger ein bloses Scheinleben sei, als das zweite.

Dies führe nun zu der sehr bestrittenen Frage, ob von der uneigentlichen Lebensunfähigkeit dasselbe gelte, wie von der eigentlichen.

Während die älteren Juristen die große Verschiedenheit beider Arten von Lebensunfähigkeit anerkannt und daher den Satz, daß das lebensunfähige Kind keine Person sei, auf das unreife Kind beschränkt hätten, sei es gegenwärtig sehr allgemeine Ansicht, daß ein solcher Unterschied in der That nicht bestehe, wonach denn entweder, von den einen, auch die Rechtsunfähigkeit lebensunfähiger Kinder im uneigentlichen Sinne[13]), oder aber, von den andern und meisten, die Rechtsfähigkeit aller lebensunfähigen Kinder im eigentlichen wie im uneigentlichen Verstande behauptet werde. Savigny S. 396 er-

12) Vgl. Puchta in Richter's Jahrb. Bd. VIII. (1820) S. 680, 681 und Vorlesungen I. §. 114.

13) Z. B. Mittermaier in dem neuen Archiv des Crim. R. VII. S. 318 fg. Wächter fügt bei, daß auch er früher (in seinem Lehrb. des Strafr. II. §. 171 Note 58 a. E.) dieser Ansicht gefolgt sei.

kläre es sogar für große Inconsequenz, die Persönlichkeit des unreifen Kindes zu leugnen, dennoch aber diejenige des lebensunfähigen Kindes im uneigentlichen Sinne anzunehmen. Allein wenn dies eine Inconsequenz wäre, so hätte Savigny vor allen Dingen unser Recht der Inconsequenz beschuldigen müssen; denn im römischen Rechte finde sich eben jene verschiedene Behandlung beider Arten lebensunfähiger Kinder. Sie sei aber in der That auch in der Natur der Sache und der Vernunft begründet. Für das Kind, das im Mutterleibe schon die Reife erlangt habe, um außerhalb des Mutterleibes selbständig fortleben zu können, sei die Verbindung mit der Mutter das einzige Hinderniß der Rechtsfähigkeit. Dieses Hinderniß falle weg, sobald das Kind vollständig geboren sei. Einem Kinde aber, das einmal die Rechtsfähigkeit erlangt habe, könne dieselbe durch Eintritt des Todes nicht nach rückwärts entzogen werden, so daß man annehmen könnte, es sei niemals Person gewesen. Und wie lange das Kind nach der Geburt gelebt habe, oder aus welchem Grunde der Tod erfolgt sei, und ob die Todesursache schon vor der Geburt vorhanden gewesen oder erst nachher eingetreten, auf all' das könne hiebei nichts ankommen: genug, daß das Kind über den embryonalen Zustand hinaus gewesen und daher ein selbständiges Leben, sei es kurz oder lange, wirklich geführt habe. Dieses Leben lasse sich auch nicht mit Vangerow als ein bloses Scheinleben bezeichnen, denn sonst müßte auch das Leben jedes tödtlich kranken oder verwundeten ein bloses Scheinleben genannt werden. Ganz anders verhalte es sich dagegen mit dem Kinde, welches sterbe, ehe es noch über den embryonalen Zustand hinausgekommen. Da es zum selbständigen Leben außerhalb des Mutterleibes überhaupt gar nicht die Fähigkeit gehabt habe, so könne bei ihm von einem eigentlichen Leben in Wahrheit nicht die Rede sein. Es sei nur Keim und Hoffnung eines Menschen gewesen; der Tod aber habe diese Hoffnung getäuscht und die Entwickelung des Keims zu einem Menschen verhindert. —

Das Ergebniß der geführten Untersuchung sei, daß das nicht lebensfähige Kind im eigentlichen Sinn der Rechtsfähig-

keit entbehre und keine Person sei. Ob aber ein Kind noch lebensunfähig in diesem Sinne oder schon reif genug sei, um sein Leben getrennt von der Mutter selbständig fortsetzen zu können, darüber hätten die Sachverständigen, d. h. die Aerzte, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Kindes zu urtheilen. —

Es sei schon früher (im §. 1) gesagt worden, daß gegenwärtig die entgegengesetzte Ansicht die fast allgemein angenommene sei. Uebrigens sei dieselbe, beim Lichte betrachtet, doch keineswegs eine so allgemeine, als es auf den ersten Blick erscheine. Denn ein großer Theil der Juristen unserer Zeit bleibe sich selbst nicht treu und räume nachträglich ein, was er zuerst geleugnet habe. Zu diesen Juristen gehöre, wie schon am Anfange des Paragraphen (S. 15) gezeigt worden, vor allen Dingen Dähne, obwohl sich auf ihn fast alle neueren, welche die Rechtsfähigkeit des nicht lebensfähigen Kindes behaupteten, zu berufen pflegten. Ferner seien aber hierher auch zu rechnen Mühlenbruch (wegen der Bemerkung in seinem Lehrbuch §. 177, Note 2), Kierulff (Civilr. S. 87, wo zugegeben werde, daß abortus auch das lebend zur Welt gekommene unreife Kind bezeichne), Gengler (da er in seinem Lehrb. d. deutsch. Privatr. §. 12 Note 2 sage, daß abortus, „etwaiger momentaner Aeußerungen eines [fötalen] Scheinlebens ungeachtet, nicht als rechtsfähig erschienen"), Unger (Syst. des österreich. Privatr. I. §. 26 S. 232 bei Note 6, wo ebenfalls zugegeben werde, daß dem „abortus" die Rechtsfähigkeit fehle). Die Meinung von Brinz (Pand. §. 15) und Windscheid (Pand. §. 52) trete nicht recht klar hervor, dagegen werde von Geib, wie lebhaft er sich immer gegen die Anhänger der Ansicht, daß das nicht lebensfähige Kind keine Person sei, ausspreche (s. oben §. 1), ganz entschieden eingeräumt, daß die Lebensfähigkeit im eigentlichen Sinne zur Rechtsfähigkeit erfordert werde, und dem unreifen, obwohl lebend geborenen Kinde eine Persönlichkeit nicht zukomme. Dies solle bei einer anderen Gelegenheit nachgewiesen werden.

In §. 12 kommt nun der Verfasser auf die Frage zu sprechen, wie es sich mit dem Beweise des Lebens eines Kin-

des verhalte, wobei gegenüber der Ansicht vieler älterer Schriftsteller, welche bei dem nach Ablauf von sechs Monaten seit der Erzeugung geborenen Kinde eine Vermuthung des Lebens aufstellen wollten, mit Recht an der jetzt herrschenden Meinung festgehalten wird, daß das gemeine Recht eine solche Lebensvermuthung nicht kenne. In §. 13 geht er sodann zu der Betrachtung über, wie die von ihm erörterten Fragen von den wichtigsten neueren Gesetzbüchern behandelt worden seien. Und zwar wird hiebei berücksichtigt: das preußische allgemeine Landrecht von 1794, das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811, der code Napoléon von 1804, das badische Landrecht von 1809, das kgl. sächsische bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 (in Geltung seit dem 1. März 1865), endlich der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen von 1845. Aus den gegebenen Nachweisungen erhellt, daß von allen diesen Gesetzgebungsarbeiten der code Napoléon und das an ihn sich anschließende badische Landrecht die einzigen sind, welche dem nicht lebensfähigen Kinde die Rechtsfähigkeit versagen. Im §. 14 endlich wird eine neuerlich aufgetauchte Behauptung (Sintenis, Siebenhaar) widerlegt, welche — gegen die gemeine Meinung — dem während der Geburt gestorbenen Kinde Rechtsfähigkeit beilegen will, wenn nur der Kopf schon aus dem Mutterleibe gewesen und dann das Kind noch Lebenszeichen gegeben, also namentlich geschrieen habe.

An dieser kurzen Angabe des Inhaltes muß es in Betreff der §§. 12—14 genügen und wegen des genaueren und einzelnen der Leser auf die Originalabhandlung selbst verwiesen werden.